الدرس الأول:

يعتبر التحكيم التجاري الدولي، اداة للفصل في المنازعات التي تكون بين التجار، بعيداً عن القضاء، الذي يعتبر السلطة التي تفصل في جميع المنازعات، غير أن التحكيم يعتبر هو الاستثناء هنا، على الرغم من أنه كان هو الاصل، ولكن مع وجود تنظيم الدولة، وبرز السلطات فيها اسندت للقضاء صلاحية الفصل في النزاعات، الاأنه يعتبر وسيلة بطيئة و فيها من التعقيد ما فيها وهذا لا يخدم بالدرجة الاول التجار والتجارةن التي من مميزاتها السرعة، وهذا ما نجده في التحكيم الذي يتضمن التقليل من الإجراءات وسرعة الفصل.

ومن هذه المميزات لا بد لنا التطرق الى مفهوم التحكيم، وطبيعته القانونية.

اشكالية الدراسة: ما هي الطبيعة القانونية للتحكيم؟.

المنهج المتبع: المنهج التحليلي:

تقسيم المحاضرة:

المبحث الأول: تعريف التحكيم ومزاياه

المطلب الأول: تعريف التحكيم

المطلب الثاني: مزايا التحكيم

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

أسئلة الدرس:

كيف تطرقت الشريعة الإسلامية للتحكيم؟

اعطي تعريف اصطلاحي للتحكيم؟

كيف عرف القضاء التحكيم؟

ما هو الشيئ الجامع عند تعريفك للتحكيم بين التعريف الاصطلاحي و القضائي؟.

أعطي تعريف جامع للتحكيم؟.

ما هي صور التحكيم؟

ميز بين التحكيم والوساطة والصلح؟

فيما تتمثل الطبيعة القانونية للتحكيم؟ وما هو الرأي الراجح؟.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القران الكريم

القانون المدني الجزائري.

القانون المدني المصري.

القانون المدني الفرنسي

قانون الإجراءات المدنية والتجارية المصري.

قانون الاجراءات المدنية والادارية.
قانون الإجراءات المدنية الفرنسية
اتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بموجب الأمر 95-04 المؤرخ في 1995/01/21 وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 1995/10/30..
المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 والمتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958. ج ر عدد 48 المؤرخ في 23 نوفمبر 1988.

ثانياً: الكتب:

إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الاسكندرية، 2012.
إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط4، 2005.
أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1988.
أحمد أبو الوفا، التحكيم في قوانين البلاد العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع.
أحمد الميلجي، دورة تدريبية في أساسيات و مبادىء التحكيم الدولي، نقابة المحامين، سنة2007.
أحمد حسان الغندور، التحكيم في عقود الإنشاءات، دار النهضة العربية، 1998.
أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، 2007 .
أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.
أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
أودلف ريبولط، المسطرة المدنية في شروح المعهد الوطني للدراسات القضائية، وزارة العدل، المملكة المغربية،1990.
جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2007.
داليا عبد المعطي حسين علي، التراضي كأسس لإتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 2009.
رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981.
سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2010.
شاكر العبسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر صنعاء، 2000.
عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990.

عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، سنة2003.علي طاهر البياني، التحكيم التجاري البحري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.

كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار النشر الإسكندرية، 1991.

لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014.

محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.

محمد عبد المجيد اسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.

محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1960.

محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007.

محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، 1990.

مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات العامة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، بدون ناشر، .1998

معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،1991.

ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، 1996.

ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996.

نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبيعة الثانية، الاسكندرية، 2005.

هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، 1999.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم الإداري في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002 .

رابعاً: البحوث والمقالات:

محمد يوسف علوان، تسوية منازعات العقود الإقتصادية الدولية، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، الأردن ملحق رقم:1، تشرين أول، 1977.

عبد الباقي الصغير، صعوبات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، مقالة بجامعة القاهرة، 2009، العدد 4.

خامساً: القواميس

القاموس المحيط للفيروز آبادي، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، بيروت،1298 هـ-1978م.

القاموس المحيط للفيروز آبادي، المجلد الرابع، دار الفكر العربي، بيروت،1298 هـ-1978م.

المبحث الأول: تعريف التحكيم ومزاياه

المطلب الأول: تعريف التحكيم

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة

- التحكيم لغة من مادة " حكّم " وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى" الحكم "بفتح الحاء، والكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف مشددة.

والتحكيم نجده في قوله تعالى:« فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم »

الفرع الثاني: تعريف التحكيم اصطلاحا

أولاً: تعريف التحكيم

اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية، أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانًا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة، أو مركز من الهيئات، أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقًا للقواعد، أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات.

ومن خلاصة قول الفقه أن التحكيم هو الاتفاق: « على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم ARBITRE أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم "clause compromissoir " ، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى عندئذ بمشارطة التحكيم،

ثانياً: صور التحكيم:

له صورتان **شرط:** ويقصد به أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع ويكون في العقد الاصلي أو في وثيقة تابعة له. راجع المادة 1007 ق إ ج م إذ

المشارطة: وتكون عند حدوث النزاع فيتفق الطرفان على اللجوء الى التحكيم شريطة تحديد هيئة التحكيم، وموضوع النزاع و إلا كان باطلاً. المادة 1011من ق إ م إ د

المطلب الثاني: مزايا التحكيم على الصعيدين الوطني والدولي

بعد تبيان تعريف التحكيم وما المقصود منه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مزايا التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي.

الفرع الأول: مزايا التحكيم

1 - السهولة في الاجراءات؛

2 - ميزة السرية : ...

3 - ميزة السرعة وتوفير الوقت : ...

4 - ميزة حرية اختيار المحكم وهيئة التحكيم : ...

5 - ميزة اختيار القوانين الملائمة حل النزاع : ...

6 - التحكيم هو أجراء فوري : ...

7 - التحكيم عملية حيادية ونزيهة ومستقلة :

الفرع الثاني: عيوبه

1 - استبعاد القضاء من حل المنازعات قد يؤدي الى اهدار حقوق الأفراد

2 - لا يوجد استئناف في التحكيم التجاري الدولي

3 - استبعاد قانون الدولة،

4 - لا يتميز بتخفيف المالي،

المبحث الثاني: تمييز التحكيم عن النظم المشابهة له ومعيارية الدولية

المطلب الأول: تمييز التحكيم عن النظم المشابهة له

الفرع الأول: تمييز التحكيم عن الصلح و الخبرة

أولاً: تمييز التحكيم عن الصلح

يعرف الصلح في المادة 549 من القانون المدني بأنه: « الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منها على وجه التبادل عن حقه » ؛

1 - **أوجه التشابه:** إن الصلح والتحكيم وسيلتان لتسوية المنازعات بدلا من اللجوء إلى القضاء الدولة، فكلاهما يوصل إلى إنهاء النزاع الناشئ بين المتعاقدين.

2 - أوجه الاختلاف بينهما:

- في التحكيم يكون محل العقد هو الالتزام بعدم طرح النزاع على القضاء واختيار محكم خاص للفصل فيه، أما في الصلح فيكون محل العقد تسوية مباشرة للنزاع فحواها نزول كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه نزولا يكفي به الآخرون.
- التحكيم لا ينتهي به النزاع بمجرد إبرام عقد الاتفاق على التحكيم وإنما ينتهي بصدور حكم منهي للخصومة. أما الصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المرضي لكل المتنازعين.
- ولا يتم تنفيذ عقد الصلح إلاّ إذا تم في صورة عقد رسمي أو تم أمام المحكمة. عكس التحكيم الذي يكون قابلا للتنفيذ بمجرد صدور حكم المحكم.

أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلاّ بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية.

- والتحكيم اشد خطورة من الصلح لأن التجاوز عن الحق في الصلح معلوم قبل تمامه بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما يمكن أن يحكم به المحكم.
- يتمتع المحكم بسلطة قضائية يستطيع بها أن يفصل في النزاع، عكس الصلح الذي هو عبارة عن تنازل للحقوق.

ثانيا: تمييز التحكيم عن الخبرة

يقصد بالخبرة إبداء الخبير لرأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي،

من حيث الهدف: تختلف الخبرة عن التحكيم في هدفها وهو اعطاء راي في جانب فني ، ولا يحسم به النزاع، عكس التحكيم الذي يهدف إلى حسم النزاع.

من حيث التنظيم القانوني: فالتحكيم نظام خاص للتقاضي، يقوم خلاله المحكم بحسم النزاع بحكم ملزم للأطراف حاز على حجية الشيئ المقضي به، حتى ولو كان مخالفا لرغباتهم وإرادتهم.

وإنما العبرة دائمة بطبيعة المهمة التي تناط بهذا الشخص والتي يمكن الكشف عنها من خلال الواقع وظروف القضية.

الـفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الوكالة و التوفيق

أولاً: تمييز التحكيم عن الوكالــة

الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و بإسمه ويجب أن يتوفر فيها الشكل الواجب توفره في العمل القانوني، والوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة، ولا يقوم الوكيل كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل وبالمقابل نجد أن المحكم مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح للمحكم صفة القاضي ولا يمكن للخصوم التدخل في حكمه بل إن حكمه يفرض عليهم .

ثانيا: تمييز التحكيم عن التوفيق

فالتوفيق هو قبول الأطراف تكليف شخص ثالث يدعى موفق أو موفقين حل النزاع، ويتولى الموفق تحديد حل وسط يقبله الطرفان المتنازعان.

يتفق التوفيق مع التحكيم من حيث أن كليهما يهدف إلى حل النزاع كما أن المسائل التي يجوز أن يرد عليها التحكيم هي التي يجوز الإتفاق على التوفيق في شأنها، وهي المسائل التي تقبل الصلح.

ويختلف التوفيق عن التحكيم من حيث أن طريق التحكيم ملزم فلا يمكن التراجع عنه أثناء سير الخصومة التحكيمية.

و يختلفان من حيث أن قرار التحكيم نهائي حائز على قوة الشيئ المقضي فيه المادة 1033 لا يقبل الطعن فيه. أما قرار الموفق فلا يلزم الأطراف إذ يملك أيهما رفضه أو عدم التقيد به، فهو مجرد توصية أو إقتراح.

المطلب الثاني: أنـواع التحكيـم

اختلف الفقه في تحديد معيار يميز به بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، ومنهم من تطرق إلى تمييز التحكيم بين الحر والمؤسسي. وهذا ما سوف نوضح في هذا المطلب.

الفرع الأول: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي

التحكيم الوطني بأنه ذلك الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويتعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة مع تطبيق القانون الوطني - من حيث الاجراءات أو الموضوع -. وينفذ داخل الاقليم الوطني.

أما التحكيم الدولي هو الذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة، ويثير عدة صعوبات مثل تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، وإجراءاته، وموضوع النزاع وتحديد مكان التحكيم، وأسماء وجنسيات المحكمين، وهذه لا وجود لها في التحكيم الوطني.

وهذا التحكيم يصعب تحديد إنتمائه لدولة بعينها دون الدولة الأخرى، وهناك عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن غيره، وهي:

المعيار الجغرافي :يتمثل في معيار التحكيم، إذا كان على إقليم الدولة مع احترام الاتفاقيات الدولية.

المعيار القانوني :يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم . بمعنى أن التحكيم جرى في الخارج وطبقوا عليه القانون الجزائري.

المعيار الإقتصادي :يتمثل بتعلق العقد المراد تسويته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية.

يعتبر المشرع الفرنسي التحكيم دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية في المادة 1504 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على أنه: « يكون دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. » .

أما المشرع الجزائري، فنص على معيار الاقتصادي شريطة أن يكون بين دولتين على الأقل في نص المادة 1039 ونفس الأمر في المادة 1006 فقرة 3.

التحكيم الأجنبي، فهو الذي ينتمي فيه التحكيم بأحد أو بعض عناصره لدولة أخرى، كأن يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة معينة ينتمي إليها ويراد تنفيذه في دولة أخرى، ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيما دوليا، حيث إن التحكيم الدولي قد يكون كذلك مع جريانه في الداخل، وحتى مع خصومه للقانون الوطني إلا أنه يجوز الجمع بين الأجنبية والدولية للتحكيم إن كان يتعلق بمنازعة دولية.

الفرع الثاني: التحكيم الحر (الخاص) والتحكيم المؤسسي(النظامي)

أولاً: التحكيم الحر (الخاص)

التحكيم الحر هو اختيار أطراف النزاع للمحكمين دون التقيد بنظام معين ولا يخضع لأية هيئة دولية مختصة بالتحكيم فـللخصوم حرية اختيار من يشاءون من المحكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، وكذلك القانون الواجب التطبيق، ومكان التحكيم وهوية المحكم،

ثانياً: التحكيم المؤسسي(النظامي)

فهو الذي يكون أمام هيئات أو منظمات دولية أو وطنية خاصة باجراءا التحكيم ولها قواعد تطبق على اجراءات وقواعد التحكيم للفصل في النزاع مثل قواعد اليونسترال، محكمة التحكيم بواشنطن ، محكمة التحكيم بالندن، محكمة التحكيم بباريس.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم

فالتحكيم يتكون من عمليتين الاولى هي اتفاق يبرمه طرفا النزاع، والثانية هي الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، فهذه التركيبة الوظيفية للتحكيم خلفت آراء متباينة حول طبيعته، وسنحاول استعراض أهمها.

الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية – العقدية - للتحكيم

يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الارادة، حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم. ويعتبر ذلك طريقاً استثنائياً لفض النزاعات، وخروجاً عن الأصل في عرض المنازعات على القضاء،

وجوهر النظرية العقدية لطبيعة التحكيم يتأسس على أن التحكيم هو من عمل الأطراف فهو يخضع لسلطان ارادة الاطراف، نتيجة لاتفاقهم على اللجوء الى التحكيم. وبه يتعين المحكم (الارادة)، ويحدد له القانون الواجب التطبيق، وبإرادتهم يتم التنفيذ حكم المحكم. وبالتالي يدخل التحكيم برمته في نطاق العقد.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية – النظرية القضائية - للتحكيم

تقوم هذه النظرية على اساس مستمد من ان اصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً، ويتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء.

وإذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، وهي حسم النزاع، و به تتحقق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية، ومن ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، سواء فيما يتعلق بالطعن فيه، أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ.

كما أن حكم المحكمين يعتبر عملا قضائياً بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل فإنه يصدر في شكل حكم قضائي وبنفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية، ومن ناحية الموضوع فالمحكم غالباً ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم، ويلتزم باحترام حقوق الدفاع.

الفرع الثالث: الطبيعة المركبة للتحكيم – النظرية الثانئية – المختلطة -

اتخذ أنصار هذه النظرية موقفاً وسطاً بين النظريتين السابقتين، فهم أكثر اعتدالاً وواقعية، فهم يوازنون بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم، فيرون بأن له طبيعة مركبة، أو مزدوجة، فيقولون أن الطبيعة المركبة للتحكيم تبرز وجهاً تعاقدياً بسبب اتفاق التحكيم الذي ينشئه، وتبرز وجهاً قضائياً بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع.